

ANALOGIE ET "DISTINCTION"

Par

Valentin PETEV
Professeur à l'Université de Münster

I - DESCRIPTION DU PROBLÈME

L'analogie constitue un mode de penser et une technique juridique absolument indispensables au droit. L'analogie permet au juriste à la fois d'élargir et de préciser son argumentation, elle soutient ses raisonnements théoriques et aide ses décisions pratiques. Les juristes de tous temps ont fait large usage de la figure d'analogie.

Néanmoins, plusieurs ont apporté une critique sévère au raisonnement analogique, y voyant une réflexion imprécise, de consistance logique douteuse. En tous cas, de leur point de vue, l'analogie ne serait pas fiable. Elle ne conduirait pas à des connaissances sûres. Comme on le verra plus tard, ce diagnostic n'est pas exact : c'est justement la souplesse, l'absence de rigidité épistémologique qui fait de l'analogie, aux yeux d'autres théoriciens, un outil de recherche désirable et plus prometteur.

La science juridique n'a pas seulement profité du raisonnement par analogie, elle l'a aussi examiné à plusieurs reprises au niveau théorique. La littérature à ce sujet est abondante. Et même si l'on pense que tant la problématique que les solutions sont bien explorées et suffisamment connues, il y a toujours de nouvelles recherches démontrant l'inlassable intérêt que la science apporte à l'analogie.

Malgré cet intérêt pour l'analogie toujours présent dans la théorie (1), je ne propose pas de reprendre l'examen intégral de cette figure juridique. C'en est plutôt un aspect spécifique qui sera retenu dans ce qui suit : une réflexion comparative qui met en rapport l'analogie avec la "distinction" en Common Law. Une telle analyse peut s'avérer très éclairante en nous enseignant que l'analogie n'est pas, comme plusieurs l'admettent, un mode exceptionnel de réflexion. Elle nous démontre, précisément à travers la comparaison avec la Common Law, que raisonner par analogie est fort répandu. C'est même indispensable au juge obligé de suivre le précédent, dès lors qu'il a établi une similitude entre ce dernier et le cas à trancher.

La perspective du droit européen révèle, finalement, la haute sensibilité des juges des cours communautaires pour un raisonnement par analogie en identifiant les

(1) V. les récentes publications de *M. Atienza*, *Sobre la Analogia en el Derecho*, Madrid 1986, et de *A. Hanos*, *Begriff und Geltungsgrundlagen der Rechtsanalogie im heutigen juristischen Methodenstreit*, Köln 1994.

sources du droit qu'ils appliquent. Ces sources sont particulièrement difficiles à identifier, le droit communautaire étant toujours entremêlé aux droits particuliers des membres de la communauté. L'analogie est pratiquée ici comme méthode de comparaison par laquelle on cherche des ressemblances entre les régulations internes et internationales (communautaires) en cause, afin de trouver une base normative suffisamment large et riche pour trancher les litiges.

II - L'ANALOGIE COMME MODE DE RÉFLEXION DANS LES SCIENCES ET EN DROIT

La catégorie d'analogie connaît un large usage tant en science que dans le raisonnement pratique. Cela étant, un concept analytique s'avère approprié pour établir le riche contenu de l'analogie.

L'analogie peut être conçue comme le résultat d'un raisonnement qui porte sur des objets ou systèmes desquels on peut affirmer qu'ils sont semblables. La comparaison entre ces objets se fait en vue des propriétés et proportions communes (2). Dans le langage quotidien, on emploie le terme d'analogie pour désigner une simple correspondance entre quelques propriétés isolées des objets comparés. En science, au contraire, l'analogie est toujours établie dans la perspective de proportion (relation) (3). L'analogie ainsi faite se situe entre l'identité qui désigne une pleine correspondance tant structurelle que fonctionnelle et l'équivalence qui n'est qu'une égalité partielle (4).

Le mode de raisonnement par analogie a été introduit, au cours du temps, dans presque tous les domaines scientifiques. En philosophie, c'est Aristote qui lui a donné une portée méthodique. Les proportions auxquelles se réfère l'analogie, telles qu'arithmétiques, géométriques et harmoniques, ont été utilisées par Aristote, et ce même pour définir les catégories de la justice. La justice distributive, en particulier, se traduit, d'après lui, en une proportion géométrique qui partage les biens et les charges entre les hommes selon leurs mérites (5).

Plusieurs philosophes ont considéré l'analogie comme une connaissance imparfaite. Pour Hume, l'analogie ne mène pas à des connaissances sûres. Elle n'est qu'un moyen qui nous aide à effectuer des raisonnements probables. Pour Kant, repris par Hegel, l'analogie n'apporte pas de savoir substantiel. Dans ce sens, elle n'est pas constitutive, n'accroît pas nos connaissances. En établissant une communauté de rapports entre les phénomènes comparés, l'analogie nous aide plutôt à fonder nos connaissances (6).

Néanmoins, la science d'aujourd'hui se sert de l'analogie d'une manière de plus en plus intensive, comme le montrent les recherches les plus récentes. En particulier, dans le cadre des théories systémiques, l'analogie prend une place importante. Elle s'est avérée aussi indispensable dans le développement de la logique mathématique et, plus spécialement, dans la théorie des modèles (7).

(2) Sur la distinction entre analogie de proportionnalité et analogie d'attribution, v. *M. Hesse* "Analogy in Theology", dans P. Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, London 1967, t. 1, p. 94 et s.

(3) Voir *H.-J. Sandkühler*, "Analogie", in Id. (Hrsg.), *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*, Hamburg 1990, t. 1, p. 102.

(4) *Sandkühler*, *op. cit.*, p. 101.

(5) *O. Boulois*, "Analogie", in S. Auroux (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. II : Les notions philosophiques, Paris 1990, t. 1, p. 81.

(6) *Boulois*, *op. cit.*, p. 82 et s.

(7) *R. Bernzen*, "Modell", in H.-J. Sandkühler (Hrsg.), *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*, t. 3, p. 425.

On tombe facilement d'accord sur le fait que l'analogie est un mode de raisonnement familier, voire nécessaire au droit et cela pour une double raison. Tout d'abord, l'analogie sert le raisonnement juridique aux trois différents niveaux de son déploiement : dogmatique, théorique et méthodologique. Elle introduit et manie des comparaisons, différenciations, identités, bref, une série de figures qui, de cette manière, enrichit les inférences du juriste cherchant une solution juridique parfois générale, parfois concrète. En outre, c'est l'incomplétude propre à tout système juridique qui rend indispensable la réflexion analogique et l'application du droit par analogie. Cela signifie que le système juridique étend toute sa force régulatrice pour donner à toute situation, qui se présente lors d'un certain temps social, une solution immanente au système.

Procéder à l'analogie signifie appliquer une norme juridique qui prévoit la régulation d'un certain type de situation sociale à une situation qui n'est pas prévue par cette norme mais qui est tout à fait semblable à la précédente. L'analogie entre en fonction quand on est en présence d'une vraie lacune dans le droit. Cela veut dire que pour le cas particulier qui, lui, appartient au domaine des relations sociales que le législateur voulait régler, il n'y a pas de norme directement applicable (8).

Il a été longtemps communément admis que les efforts de la science juridique, tant théoriques que méthodologiques, ont abouti à des résultats bien connus, largement reçus dans la pratique judiciaire en cas de lacune dans la loi. Néanmoins, certaines questions quant à la nature de l'analogie sont restées ouvertes : le raisonnement analogique est-il sujet à une déduction stricte ou plutôt à des inférences d'une certaine probabilité ? L'application de la loi par analogie signifie-t-elle création d'un nouveau droit ? Quel est le rôle que jouent les principes généraux du droit dans le cadre de raisonnements analogiques ? Aussi si pose-t-il la question de savoir si la nouvelle situation sociale, non prévue par une norme juridique en vigueur, doit être dominée par la même idée régulatrice qui règle la situation typique à laquelle la première est analogue. Ici, le raisonnement prend une toute autre direction, une direction politico-juridique dont le retentissement est considérable.

L'analogie se réfère tant au droit qu'au fait. Cela est parfaitement démontré par plusieurs définitions qui ont été données au raisonnement analogique et est remarquable en éthique et en droit où les faits sont constitués par les actes des agents sociaux. Dans le cas de l'application analogique de la loi, où une norme juridique est appliquée à un cas originairement non prévu par cette norme, le recours aux faits et leur exact examen justifie -ou ne justifie pas- l'application analogique de la norme existante. D'autre part, il doit être souligné que ce sont les normes, les contenus normatifs juridiques, par rapport auxquels les faits sont toujours évalués.

A côté de l'analogie de la loi (*analogia legis*), c'est la catégorie de l'analogie par laquelle on se réfère à la totalité d'un système juridique (*analogia juris*, *Rechtsanalogie*) qui mérite, à ce stade, une analyse plus détaillée. Ce type d'analogie consiste en l'élaboration d'une nouvelle norme juridique par voie d'induction partant de quelques règles particulières déjà données et en généralisant leur contenu (par ex. protection du propriétaire, du titulaire d'un brevet et plus généralement d'un droit absolu) (9). Ce type de réflexion analogique que représente l'*analogia juris* fait apparaître à quel point l'analogie est impliquée dans toutes les relations complexes dans le cadre de systèmes juridiques. Il démontre le rôle que jouent les principes généraux du droit qui sont appelés à consolider l'application des normes particulières et à procurer une base normative à la décision judiciaire en cas d'absence d'une

(8) *G. Cornu*, *Le règne discret de l'analogie*, dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris 1993, p. 129 et s.

(9) *H.-M. Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 2e éd. Heidelberg 1991, p. 214 et s.

norme expresse. Mais *analogia juris* suggère aussi l'idée peu familière au droit continental, que le juge est autorisé à créer, dans certaines conditions, de nouvelles règles juridiques dans le cadre du système où il opère. Une telle analyse nous conduit inévitablement à des réflexions comparatives par rapport au système de la Common Law, dans laquelle les techniques de "distinction" et "judicial discretion" ont une certaine prééminence.

Analogia juris n'est pas, à proprement parler, une production de norme par simple raisonnement analogique comme l'admettent plusieurs auteurs. Cette analogie exige plutôt la formulation d'une décision judiciaire tout à fait innovative qui présuppose des évaluations de circonstances factuelles ainsi que des normes et principes juridiques en cause. Ces évaluations ont souvent comme point de départ des raisonnements de proportions (aristotéliennes) qui traversent plusieurs stades axiologiques intermédiaires et se terminent en des raisonnements sur le principe de la justice (10).

Dans le contexte du droit contemporain, l'analogie n'est plus simplement une méthode technique d'interprétation et d'application du droit. Elle est plutôt un mode d'argumentation avec une plus large fonction. Les conditions conflictuelles d'une société pluraliste placent le problème de l'analogie à un niveau plus haut, celui de l'innovation du système juridique en maintenant ses structures fondamentales (11).

III - "DISTINCTION" ET "JUDICIAL DISCRETION"

Le droit continental, qui a toujours fait usage de l'analogie, l'a, en même temps, considéré comme un mode exceptionnel de raisonnement juridique. Cela a longtemps eu trait à la compréhension jus-positiviste du droit. Une telle conception présupposait, dans sa stricte version, la complétude du système juridique qui produisait pratiquement, selon nécessité, une solution pour chaque cas particulier à résoudre. En y regardant de plus près, on constate une série de présomptions tout à fait problématique : que l'ordre juridique est complet et qu'il n'y a pas de lacune réelle ; que les lacunes apparentes peuvent être comblées à partir des normes en vigueur dans le système ; que l'ordre juridique est consistant en soi et que tous les conflits possibles entre différentes normes peuvent être résolus sur la base normative du système même ; que le langage et le contenu des normes juridiques sont clairs et que certaines difficultés d'interprétation peuvent être surmontées en suivant les directives méthodiques issues des normes du système.

La Common Law voit les choses d'une manière différente. Même si l'on admet que chaque cas particulier peut être décidé à partir de la raison pratique contenue dans la Common Law comme totalité, on ne considère pas le système juridique anglo-saxon comme complet dans le sens positiviste du terme. La fonction du juge a été, ici, toujours conçue comme une activité décisionnelle qui porte fin à un litige sur la base du droit commun. Mais comme ce droit n'a été exclusivement ni écrit, ni codifié, il appartenait toujours au juge de dire le droit dans le cas concret. Pour pouvoir remplir cette tâche, le juge doit trouver le droit en vigueur à travers les lois et les précédents judiciaires et même produire une norme (individuelle) appropriée au cas concret quand la solution ne peut pas être tirée des normes statutaires et judiciaires préexistantes. Le plus souvent, le juge trouve une norme législative applicable au cas en question, très souvent déjà consacrée dans une série de *precedents*. Dans le cas contraire, le juge étant aussi tenu de trancher le litige, il

(10) G. Zaccaria, *Analogy as Legal Reasoning*, in P. Nerhot (ed.), *Legal Knowledge and Analogy*, Dordrecht 1991, p. 59.

(11) Dans ce sens Zaccaria, *op. cit.*, p. 53.

est, à cette fin, autorisé à créer une nouvelle règle juridique, règle conforme au système dans lequel il opère.

Par rapport à ce problème de création de droit par la jurisprudence, la Common Law a adopté une attitude peu réticente, propre à son histoire et à la structure de son système. Le problème a été discuté ici sans exagération dogmatique et dans une atmosphère au pragmatisme modéré. La doctrine ne s'est jamais heurtée au principe de la séparation des pouvoirs pour nier au juge toute compétence de création de nouvelles normes juridiques. Sans considérer le juge comme une instance de législation, la Common Law a tenu compte du fait que son système n'est pas institutionnellement complet, qu'il est constitué, dans sa majeure partie, d'un réseau de précédents et que, par ce fait, le juge se trouve souvent dans une situation incertaine au regard de la base normative de la décision recherchée.

Dans la Common Law, il est généralement accepté que le juge puisse, pour un cas particulier, rendre une décision qui ne suit pas le précédent en la matière. Ce pouvoir du juge n'exige aucune justification exceptionnelle. Il constitue plutôt pour le juge la prérogative, traditionnelle dans la Common Law, de s'écarter du précédent et d'exercer la fameuse *distinction* qui constitue, pour ainsi dire, la contrepartie naturelle de l'obligation de *stare decisis*. La *distinction* peut donc être considérée comme inhérente à la doctrine du précédent. Bien sûr, le problème ne se pose et ne trouve une solution particulière que dans les cas où la décision judiciaire repose sur un précédent, matière congénitale de la Common Law. En cas d'application des lois écrites, des *statutes*, les choses se présentent d'une manière très proche de celle du droit continental.

Ainsi, le raisonnement par analogie a trouvé une large application dans la Common Law (12). Dans son temps, le célèbre juge américain Cardozo a qualifié d'analogique tout raisonnement juridique qui ne repose pas sur une stricte déduction logique (13). Mais ce n'est pas le domaine des normes législatives, des *statutes* au sein duquel l'analogie est répandue. C'est plutôt la matière propre à la *case-law* anglo-saxonne, celle des *precedents*, où le juge fait un abondant usage de la figure de l'analogie. Elle s'avère ici indispensable et a trait à la structure immanente du raisonnement judiciaire en quête du précédent applicable en la matière.

Le précédent, duquel le juge tire la *ratio decidendi* pour pouvoir trancher le litige actuel porté devant lui, est applicable à ce cas justement quand le juge a pu établir une relation de similitude entre les deux. Celle-ci constitue, à proprement parler, une analogie quand les critères d'applicabilité de la règle issue du précédent se trouvent satisfaits dans le cas à résoudre. Ainsi pourrait-on dire que l'analogie n'est pas un mode exceptionnel de raisonnement juridique mais qu'elle se situe plutôt à la base de l'interprétation et de l'application du précédent (14).

La même chose se produit quand le juge ne peut suivre le précédent, la *ratio* de celui-ci ne couvrant pas le cas à résoudre. Ici, le juge est tenu de s'écarter du précédent (*distinction*). Cette distinction doit être justifiée. Et le juge la justifie en alléguant que les deux situations à apprécier sont différentes. Le juge arrive à une telle conclusion par des raisonnements d'analogie. Plus particulièrement, il analyse les éléments décisifs du précédent (*material facts*) et constate qu'il n'y a pas d'éléments analogues dans le cas porté devant lui. Cela illustre l'importance pratique de l'analogie dans le maniement de la technique du précédent.

(12) V. Lord Lloyd of Hampstead, *Introduction to Jurisprudence*, 4e éd., London 1979, p. 851 et s.

(13) Lloyd of Hampstead, *op. cit.*, p. 862.

(14) N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p. 186 et s.

Le problème de l'innovation du droit par la jurisprudence, la dite *judicial discretion*, a été amplement discuté dans la doctrine anglo-saxonne (15). Dans le passé, sous l'influence de l'idée positiviste du *formal style* dans l'interprétation et l'application du droit, la compétence du juge de créer du nouveau droit a été niée. Même aujourd'hui, certains auteurs veulent la voir très restreinte. Néanmoins, la situation décisionnelle qui émane des *hard cases* - cas difficiles à résoudre, fait ressortir la nécessité d'une faculté du juge de la Common Law, tout en suivant les *statutes* et les *precedents*, de modifier parfois leur contenu initial. Sans entrer dans les détails, il doit être retenu que la *judicial discretion*, en conduisant à la création de nouvelles règles juridiques, s'exerce sur la base de raisonnements juridiques guidés par des arguments tirés des principes généraux du système juridique en question et soutenus par des réflexions d'analogie (16).

IV - CONCLUSION

Les réflexions précédentes nous ont montré à quel point l'analogie est une catégorie de raisonnement à la fois riche et simple et de quelle manière elle a été maniée comme un outil théorique et pratique efficace. Après avoir connu des différentes formes et structures d'analogie, l'analyse nous a permis de comprendre à quel point l'analogie est utile et de large application dans le cadre de l'argumentation juridique. C'est plus particulièrement la Common Law dans sa fonctionnalité adaptative qui démontre que le raisonnement analogique n'a pas un caractère exceptionnel, qu'il est plutôt applicable aux cas typiques où le précédent dominant dans une certaine matière juridique est régulièrement suivi.

En cas de non-applicabilité du précédent, c'est à dire quand le juge constate une différence substantielle entre le cas à résoudre et le précédent, l'argument décisif pour le juge qui s'écartera du précédent consiste en ce qu'une analogie entre les deux cas en question ne saurait être établie. En outre, l'analogie est toujours à la disposition du juge pour parvenir à une nouvelle décision en s'appuyant alors sur des principes généraux du droit dont la reconstruction présuppose des raisonnements tant déductifs qu'analogiques.

Les précédents développements nous permettent aussi de poser la question de savoir si l'analogie comme type d'argumentation est apte à identifier des éléments et relations substantiels entre les phénomènes comparés. Une telle capacité de l'analogie la qualifierait d'outil de connaissance parfait. Cela signifierait que par voie d'analogie le raisonnement juridique (et en général théorique) accéderait à des connaissances "essentiels". En tout état de cause, une telle position épistémologique me paraît inacceptable. Les raisons en sont multiples. La théorie de connaissances linguistico-analytique contemporaine les a révélées. Elles ont trait principalement à l'idée d'un monde extérieur conçu de manière essentialiste. Mais si aujourd'hui on n'accepte plus la vue essentialiste, d'après laquelle le monde extérieur existe tel quel, sachant bien que notre langage est conventionnel, il ne paraît pas possible de se rallier à la thèse, selon laquelle il existerait un langage plus proche de la réalité extérieure qu'un autre. On ne saurait plus envisager nos réflexions et nos concepts comme reflétant une réalité constante et préconceptionnelle.

(15) Lloyd of Hampstead, *op. cit.* p. 841 et s.

(16) McCormick (*op. cit.*, p. 188) écrit : "So if we seek a reason why arguments from analogy and from principle have the force they have in legal argument, the answer is the existence of a highly desirable conventional rule conferring power on judges to extend the law to cover circumstances not directly or unambiguously governed by established mandatory rules but imposing limits on the extent of that power".

Le raisonnement analogique qui nous aide, on l'a déjà vu, à se procurer une solution cohérente à un problème juridique nous a montré assez clairement que cette solution ne peut être cohérente que dans le cadre d'un système juridique donné, qu'elle ne traduit aucune rationalité issue d'une ontologie essentialiste.

L'analogie est porteuse de la rationalité immanente au système juridique dans lequel elle se déploie. L'analogie ne pouvait pas fonctionner sans être justifiée à chaque instant de son développement par des arguments rationnels déduits du système. Pour considérer certaines relations comme pertinentes et pour établir leur présence dans les phénomènes juridiques supposés analogues, il est nécessaire de se placer au niveau du système et d'observer toutes les structures socio-axiologiques génératrices d'arguments rationnels.

Plus particulièrement, en cas d'*analogia juris*, l'exigence de rationalité des raisonnements est encore plus stricte. Ce qui est exigé, par exemple, du juge, qui doit élaborer par voie d'analogie une nouvelle norme, est de discerner et même de produire des arguments en faveur d'un contenu normatif qui vont au delà d'un raisonnement purement logique ou même systématique. Dans cette situation, le juge est tenu de déployer précisément une argumentation substantielle, juridique, politique, philosophique, pour atteindre une justification de la norme qu'il produit et cela avec la pleine compétence d'un *norm-giver*. Le concept de la *judicial discretion* couvre ici toutes les prérogatives nécessaires. La création d'une nouvelle norme, d'un nouveau droit, n'est cependant ni hasardeuse, ni arbitraire, la Common Law étant un système de droit souple et productif.

En somme, analogie et rationalité sont des notions conjointes et non concurrentes. La rationalité systémique est inhérente à tous les raisonnements en droit. Elle ne constitue pas un mode spécifique de raisonnement juridique. Elle est plutôt une exigence permanente de sa qualité. L'analogie est, comme on l'a déjà vu, un mode spécifique de raisonnement qui, lorsqu'il est utilisé en droit, conduit à la formulation de normes juridiques et à une justification particulière de leur application. Comme telle, l'analogie comporte l'ensemble des éléments de rationalité inhérente à un système donné et démontre, en même temps, à quel point le raisonnement juridique est sensible aux exigences de cette rationalité.